

CSSCI来源集刊

民间法

【第十三卷】

主 编：谢 晖 陈金钊

执行主编：厉尽国

中南大学法学院 主办



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

CSSCI来源集刊

014056709

D913-53

03

V13

民间法

【第十三卷】

主 编：谢 晖 陈金钊

执行主编：厉尽国

中南大学法学院 主办



北航

C1741823

D913-53
03
V13



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

民间法. 第13卷/谢晖,陈金钊主编. —厦门:厦门大学出版社,2014.5
ISBN 978-7-5615-5039-7

I. ①民… II. ①谢…②陈… III. ①习惯法-中国-文集 IV. ①D920.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 065829 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@xmupress.com

厦门市金凯龙印刷有限公司印刷

2014 年 5 月第 1 版 2014 年 5 月第 1 次印刷

开本:787×1092 1/16 印张:28.5 插页:2

字数:590 千字 印数:1~1 200 册

定价:58.00 元

如有印装质量问题请寄本社营销中心调换

《民间法》年刊总序

自文明时代以来,人类秩序,既因国家正式法而成,亦借民间非正式法而就。然法律学术所关注者每每为国家正式法。此种传统,在近代大学法学教育产生以来即为定制。被谓之人类近代高等教育始创专业之法律学,实乃国家法的法理。究其因,盖在该专业训练之宗旨,在培养所谓贯彻国家法意之工匠——法律家。

诚然,国家法之于人类秩序构造,居功甚伟,即使社会与国家分化日炽之如今,前者需求及依赖于后者,并未根本改观;国家法及国家主义之法理,仍旧回荡并主导法苑。奉宗分析实证之法学流派,固守国家命令之田地,立志于法学之纯粹,其坚定之志,实令人钦佩;其对法治之为形式理性之护卫,也有目共睹,无须多言。

在吾国,如是汲汲于国家(阶级)旨意之法理,久为法科学子所知悉。但不无遗憾者在于:过度执着于国家法,过分守持于阶级意志,终究令法律与秩序关联之理念日渐远离人心,反使该论席几沦为解构法治秩序之刀具,排斥法律调节之由头。法治理想并未因之焕然光大,反而因之黯然神伤。此不能不令人忧思者!

所以然者何?吾人以为有如下两端:

一曰吾国之法理,专注于规范实证法学所谓法律本质之旨趣,而放弃其缜密严谨之逻辑与方法,其结果舍本逐末,最终所授予人者,不过御用工具耳(非马克斯·韦伯“工具理性”视角之工具)。以此“推进”法治,其效果若何,不说也知。

二曰人类秩序之达成,非唯国家法一端之功劳。国家仅借以强制力量维持其秩序,其过分行使,必致生民往还,惶惶如也。而自生于民间之规则,更妥帖地维系人们日常交往之秩序。西洋法制传统中之普通法系和大陆法系,不论其操持的理性有如何差异,对相关地方习惯之汲取吸收,并无沟裂。国家法之坐大独霸,实赖民间法之辅佐充实。是以19世纪中叶、20世纪以降,社会实证观念后来居上,冲击规范实证法学之壁垒,修补国家法律调整之不足。在吾国,其影响所及,终至于国家立法之走向。民国时期,当局立法(民

法)之一重大举措即深入民间,调查民、商事习惯,终成中华民、商事习惯之盛典巨录,亦成就了迄今为止中华历史上最重大之民、商事立法。

可见,国家法与民间法,实乃互动之存在。互动者,国家法借民间法而落其根、坐其实;民间法借国家法而显其华、壮其声。不仅如此,两者作为各自自治的事物,自表面看,分理社会秩序之某一方面,但深究其实质,则共筑人间安全之坚固堤坝。即两者之共同旨趣,在构织人类交往行动之秩序。自古迄今,国家法虽为江山社稷安全之必备,然民间法亦为人类交往秩序所必需。故人间秩序者,国家法与民间法相须而成也。此种情形,古今中外,概莫能外。因之,此一结论,可谓“放之四海而皆准”。凡关注当今国家秩序、黎民生计者,倘弃民间法及民间自生秩序于不顾,即令有谔谔之声,皇皇巨著,也不啻无病呻吟、纸上谈兵,终其然于事无补。

近数年来,吾国法学界重社会实证之风日盛,其中不乏关注民间法问题者。此外,社会学界及其他学界也自觉介入该问题,致使民间法研究蔚然成风。纵使坚守国家法一元论者,亦在认真对待民间法。可以肯定,此不惟预示吾国盛行日久之传统法学将转型,亦表明其法治资源选取之多元。为使民间法研究者之辛勤耕耘成果得一展示田地,决定出版《民间法》年刊。

本刊宗旨,大致如下:

一为团结有志于民间法调查、整理与研究之全体同仁,共创民间法之法理,以为中国法学现代化之参照;

二为通过研究,促进民间法与官方法之比照交流,俾使两者构造秩序之功能互补,以为中国法制现代化之支持;

三为挖掘、整理中外民间法之材料,尤其于当代特定主体生活仍不可或缺、鲜活有效之规范,以为促进、繁荣民间法学术研究之根据;

四为推进民间法及其研究之中外交流,比较、推知相异法律制度的不同文化基础,以为中国法律学术独辟蹊径之视窗。

凡此四者,皆须相关同仁协力共进,始成正果。故鄙人不揣冒昧,吁请天下有志于此道者,精诚团结、互为支持,以辟法学之新路、开法制之坦途。倘果真如此,则不惟遂本刊之宗旨,亦能致事功之实效。此乃编者所翘首以待者。

是为序。

谢 晖

目 录

《民间法》年刊总序	谢 晖(1)
-----------------	--------

学理探讨

远去的传统与理性的法律

——“文明转型”的法哲学解读	刘祥超(2)
----------------------	--------

法治民族叙事中之“诗”“时间”与秩序	张薇薇(15)
--------------------------	---------

西部少数民族传统习惯现代法治归导的价值探析	龚卫东(27)
-----------------------------	---------

论法律人类学之困	王伟臣(35)
----------------	---------

熟悉的方法与陌生的实践

——徽州私约调查侧记	王 旭(44)
------------------	---------

人生史、权威与习惯法的成长

——评高其才教授“乡土法杰”系列	陈寒非(64)
------------------------	---------

中国民间法研究学术报告(2013年)	刘 洋(77)
--------------------------	---------

经验解释

现代偏僻村落社会中的羞辱控制

——以云南傈僳族F县N村为例	许 娟(98)
----------------------	---------

场域、惯习和习惯法

——以民国时期华北地区的农业雇佣习惯法为例	尚海涛(123)
-----------------------------	----------

纠纷主体的能动性 with 纠纷解决的社会场域

——一起乡土纠纷的田野考察	印 子(135)
---------------------	----------

“显压力”与“潜压力”:民间规范解决农村纠纷的范式	杨立民(148)
---------------------------------	----------

论纠纷解决机制的层级性	拜荣静(156)
-------------------	----------

社区民间组织的功能、价值与前景	赵树坤 李 杰(169)
-----------------------	--------------

新疆生产建设兵团的宪法性地位

——以“隐秘的宪法”为基点的考察 钱锦宇(178)

《金瓶梅》中的社会交往规则探析 白利寅(185)

制度分析

罪刑法定约束下民族自治地方刑法变通的边界辨析

——以少数民族习惯法与国家刑法之间冲突的协调为分析视角 田钊平(198)

作为形塑法律制度重要资源：“政策性实践”

——以我国城乡建设用地置换为切入点 孙建伟(206)

“栽岩”的社会功能及其民族法文化特征 徐晓光(215)

基督教“家庭教会”内部规则及其影响 乔 飞(225)

社会调研

调解异化及其结构分析

——以林镇治安调解为例 魏程琳(252)

冲突与整合：彝族民间调解在现代社会的困境 张邦铺(265)

当代佤族村寨纠纷解决中的多元社会控制 刘振宇(282)

乡土葬礼的行为逻辑与当下境遇

——基于皖北李圩村的观察 李 亮 张三鑫(298)

乡村葬礼中非正式规则的变迁及内在逻辑

——以皖南地区为考察对象 陈大林 张艺璐 张伟强(309)

论社团参与纠纷解决的当事人角色 秦 华(318)

习惯法运用问题初探

——以少数民族聚居区生态保护为例 龚得君(328)

民间法与法律方法

民间法的功能展开与规范分析方法 张 建(340)

当代中国习惯法研究遭遇的瓶颈问题及其突破 厉尽国(349)

民间习惯进入国法的方式

——以当代中国法治为归依 李 可(353)

能动司法是民族习惯法司法适用的历史契机 王 杰 王允武(373)

舌尖上的调解

- 调解的语言艺术导论 郑晓静(380)

域外视窗

- 韩国习惯法初探 金玄武 武庆阳(390)

- 网络习惯法:网络社会自治的法律规则体系 姜世波(404)

作为科学的人类学

- 论垂暮之年的马克思 唐纳德·R.凯利著 姚 远译(416)

- 黑格尔法哲学视野中的习惯法 蒋海松(432)

远去的传统与理性的法律

——“文明转型”的法哲学解读

刘祥超*

(西南政法大学行政法学院法理教研室 重庆 401120)

摘要:当代中国法律在理念和制度上都充满了所谓传统与现代的冲突,这源于农耕文明和商工文明两大文明形态之根本性差异。农耕文明法律需要有确定的情感依托来维系其稳定性,于是对传统的尊崇也就一度“繁华”。然而随着社会复杂程度的日渐加深,繁华落尽,人们需要从理性中获得这种确定性。于是,以理性设计为主要来源的国家实证法占据了法律体系的主要地位,而表达着“传统”的诸多习惯法的生存空间被剥蚀。尽管在情感上颇显无奈,但从长远来看,这却是文明转型的必然结果。那么,怎样正确认识“传统”和“民族复兴”,也就考验着人们的智慧。

关键词:传统;法律的理性化;习惯;文明转型

“……骑士精神的时代一去不复返。取而代之的是诡辩家、经济家和计算家的时代;欧洲的荣光永远消逝。……生活的所有体面衣饰都被粗暴地撕碎。”^①

——[英]埃德蒙·伯克

引子:当代中国法律——生存于农耕文明和商工文明的夹缝中

纵观世界文明史,我们倾向于将目光聚焦于诸多“节点”,而最广为关注的那个节点无疑是“1500年前后”。“1500年前后发生的三件大事,即新大陆的发现、文艺复兴和宗教改革……构成了现代与中世纪之间的时代分水岭。……1500年这个时代分水岭一直被追溯为现代的源头。”^②这俨然不是学者们凭空妄言,因为与这三件大事对应的是人类思维方式和价值观念上的重大变革,以及基于相关精神意识而呈现出来的生产与生活方式、政治组织与社会管理模式、经济交往与社会活动维度等层面^③的崭新文明影像。人

* 刘祥超,法学博士,西南政法大学行政法学院法理教研室讲师,主要研究方向为法理学、法哲学。

① Edmund Burke, *Reflections on the revolution in France*, Frank M. Turner ed., New Haven, CT: Yale University Press, 2003, pp. 65~66.

② [德]哈贝马斯:《现代性的哲学话语》,曹卫东译,译林出版社2008年版,第6页。

③ 关于这一新的文明形态的具体特征,参见张恒山:《略论文明转型》,载《学术交流》2010年第12期;张恒山:《从文明转型看中国现代化》(访谈,记者:戴菁),载《学习时报》2012年3月26日第3版。

类告别了那种以农业耕作和简单手工业生产为主要特征的“农耕文明”形态,步入以商业贸易和工业生产为表现形式的“商工文明”。万事万物都在新的历史幕布上氤氲交叠,而之后诸多世纪,人类历史面临一个主题——“文明转型”^①。与之相伴随的,是人类文明之伟大荣光的系统呈现,如科学技术的突飞猛进、民主法治的普遍认同、商品经济的全球扩展、社会福利的普遍惠及等等;当然,上演在这一崭新历史幕布上的,也不乏疯狂的殖民扩张与奴役掠夺、严重的生态破坏与资源耗竭,更有甚者,强大的现代秩序体系似乎将人们统统纳入技术性、机械性的物质追逐中,如韦伯所言,“命运……注定从这一外套(即所谓‘对物质财货的关注’)锻造出一件钢铁般坚硬的外壳”^②(stahlhartes Gehäuse, 卡尔伯格译为“steel-hard casing”^③)。在这个新的文明形态下,人们仿佛将自己困在了自己一手制造的社会经济学结构的困境之中^④。

价值理念和外在世界的剧烈变化,必然让人应接不暇。于是,无论是商工文明萌芽期,还是当今时代,人们时常表现出对传统的不舍或怀念;相应地,会从各种角度去审视和反思这种新的文明。譬如,卢梭发现,在科学和艺术得以复兴的新的文明中,人的行为被形式化的礼节、习俗所拘囿,表达着“邪恶而虚伪的一致性”;而“怀疑、猜忌、恐惧、冷酷、戒备、仇恨与背叛永远会隐藏在礼义那种虚伪一致的面孔下面,隐藏在被我们夸耀为我们时代文明的依据的那种文雅的背后”;人类灵魂在科学和艺术所造就的完美世界里“越发腐败”——学问的虚荣平庸、理论的浮夸堂皇、生活的骄奢淫逸等等,都令灵魂远离神祇,抛弃勇敢风尚和淳朴德行^⑤。伯克在反思法国革命的过程中同样认为,当“骑士时代一去不复返”,逞强的是“诡辩家、经济学家和计算家”,而伴随着消失的则是“欧洲的荣光”——以慷慨的忠诚、自豪的谦恭、高贵的服从等为代表的“高尚的自由精神”永远不复再现^⑥,即“骑士的时代已经让位于一个理性的时代”^⑦,而在这个失去了纯洁高尚的情感原则的时代,“生活的所有体面衣饰都被粗暴地撕碎”^⑧。难怪乎霍克海默断言,“势不可

① 关于文明转型及其形式,参见张恒山:《论文明转型及其原因》,载《人民论坛》2010年第35期;张恒山:《文明的转型与中国现代化》,凤凰卫视“世纪大讲堂”,2012年9月8日。

② [德]马克斯·韦伯:《新教伦理与资本主义精神》,苏国勋等译,社会科学文献出版社2010年版,第117页。

③ 在帕森斯英译本中,德文 stahlhartes Gehäuse 被译作 iron cage,参见 Max Weber, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, trans. Talcott Parsons, with a foreword by R. H. Tawney. (London: G. Allen & Unwin, Ltd., 1930), p. 181. 相应汉译为《钢铁般的牢笼》,参见康乐、简惠美汉译本,广西师范大学出版社2007年版,第187页。

④ Peter Baehr, “The ‘Iron Cage’ and the ‘Shell as Hard as Steel’: Parsons, Weber, and the Stahlhartes Gehäuse Metaphor in the Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism”, *History and Theory*, 40 (May 2001), p. 183.

⑤ 参见[法]让-雅克·卢梭:《论科学与艺术》,何兆武译,上海人民出版社2007年版,第23、24、25~28页。

⑥ Edmund Burke, *Reflections on the revolution in France*, Frank M. Turner ed. (New Haven, CT: Yale University Press, 2003), p. 65.

⑦ [美]格特鲁德·希梅尔法布:《现代性之路——英法美启蒙运动之比较》,齐安儒译,复旦大学出版社2011年版,第45页。

⑧ Edmund Burke, *Reflections on the revolution in France*, Frank M. Turner ed. (New Haven, CT: Yale University Press, 2003), p. 66.

挡的进步的厄运就是势不可挡的退步”^①；而马尔库塞甚至发现，发达的工业社会窒息了对自由的需要，它将人们限制在了惯于容忍且毫无反思的舒适情境中；人类被束缚在了商品上，而且不断地创造新的需求以维系整套社会机制的存续^②。

在当代中国，官方语言中也时刻充斥着对传统文化的怀念和尊崇，尤其是对国人（主要是官员）思想道德和伦理修养的重视，便是传统治国方略的体现。而在政治法律领域，我们似乎在小心翼翼地掌握着传统和现代的平衡。我们一边努力在理念和制度上同商工文明的政治法律并轨，一边又努力坚守着传统“特色”。在法律理论界，“传统—本土”论也大行其道，朱苏力教授通过解析“当代正式法律的运作逻辑”同“中国的社会背景”之间的某些脱节，发现了西方式的所谓“普世真理”在中国语境下可能存在的“暴虐”^③倾向。于是，“传统文化”“本土资源”等概念也就时常呈现于法哲学研究中。而在法律实践上，近年来司法界将法官之“能动”置于重要地位，消解纠纷、息事宁讼成为重要的出发点和立足点，法律实践所注重的更多的是社会效果而非法律的规范性。这种实用性的司法导向，同理论界的“传统—本土”论相互映衬，同传统文化的“息讼、厌讼”观念一脉相承。这样的法律实践仿佛更加符合中国的文化传统，更加契合当前官方和民间的现实需要。在“回归传统”“面向本土”的逻辑导向之驱使下，中国司法——同中国法律一道——似乎理所当然地成为实用性的工具。

于是，“历史主义”所秉持的“特殊性”，夹杂着“文化决定论”对传统的神秘敬畏，再糅合“民族主义”所激发的“优越感”，不着痕迹地将当前中国的法律思想和实践涌入了一个充满了奇幻色彩的时空之中。

在历史和现实因素的多重作用下，当代中国法律俨然在传统与现代的夹缝中生存。而所谓“传统”，无非对应着农耕文明的思维方式、道德伦理、交往模式及治国方略等文明符号；而所谓“现代”，则对应商工文明的思维方式、生产生活和交往形式、政治组织和社会管理模式等诸多文明符号。那么在文明转型的宏观历史视野下，与其说当前中国法律生存于传统与现代的夹缝中，不如说它生存于农耕文明和商工文明的夹缝中。只有站在这一客观的历史高度，我们才有可能排除诸种前见和偏见而去切实分析法律同文明进程之间的关系。

一、传统的“繁华”——农耕文明法律之稳定的情感依托

清朝末年，维新派和保守派一度围绕“祖宗之法”而论争。祖宗之法“变”还是“不

① [德]马克斯·霍克海默、西奥多·阿道尔诺：《启蒙辩证法——哲学断片》，渠敬东、曹卫东译，上海人民出版社2006年版，第28页。

② 参见[美]赫伯特·马尔库塞：《单向度的人——发达工业社会意识形态研究》，刘继译，上海译文出版社1989年版，第8~10页。

③ 参见苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版，第27~28页。

变”,直接关系到的是当时内忧外患的大清帝国的发展道路问题。人们为何会纠结于传统而不敢轻易变革?客观上看,这俨然是出于对传统的尊崇。在农耕文明背景下,农业耕作和手工业生产相对简单,交往的范围和程度相对有限,因而仅仅凭借基于私德伦理而存在的生活经验、交往习惯、价值理念和制度规范就足以维系社会的规范性存在。“在未开化的环境下,主张用私德去教化人,人民也服从这种教化”^①,农耕文明法律只需要与既有的传统结合到一起,就足以达到其对于社会秩序的规范作用。

而尊崇传统,也就令法律有了稳定的心理或情感依托。对一般社会群体而言,有传统可遵循,便不须劳神费思地斟酌反思,只需习惯性地遵从便可逍遥安逸;对既得利益群体而言,有传统可遵循,便似乎意味着其自身存在的合法性能得以证明,且其获取利益的状态和方式将得以保守或维系。鉴于此,社会怎可能会主动变革呢?

而作为社会规范性要求的结晶,法律也必然遵循着既有文明形态下的理念和制度逻辑。农耕文明法律的存在和维系正得益于那些被称为“传统”的东西。在此,我们以中世纪“日耳曼法”为例,结合古代中国法律的诸般特征,试着梳理“传统”在农耕文明法律中何以会“繁华”。

(一)法律规则在来源上强调习惯和权威

以原始氏族部落为社会形态背景,日耳曼诸部族摧毁了业已衰落^②的西罗马帝国,建立了一系列所谓“蛮族”国家。参照罗马法的表现形式,日耳曼法在部族习惯法的基础上发展起来。日耳曼部族习惯法,来自于人们长期普遍认同的那些被表达为“习惯”的交往模式。习惯产生后,往往在一种不假思索、毫不反思的认同中被无条件地遵守。而这种由习惯所主导的部族法足以达到规范既定地理和血缘范围内的社会交往的目的。在生产水平低下、社会分工欠发达的农耕文明环境,商品生产和交换受限于自然经济之“自给自足”的内在需求,以习惯法为主要存在形式的法律规则,适合这一相对封闭的交往环境。

为适应统治的需要,各日耳曼王国效仿罗马法形式各自编纂成文法典。作为典型的世俗法,日耳曼法本身不须刻意迎合宗教超越意义上或自然法意义上的理论,于是它在规范性渊源上直接表现为实证性的强令或命令。于是法律规则是为统治而设置的,在形式上往往表达为“一些解决各种案件的具体办法”^③。日耳曼法避开了法律的抽象“理论”,而是直接以社会生活的具体交往关系之“现实”为基本依据。

在王权的来源方面,日耳曼法却不仅依靠世俗强力,而且试图从宗教超越性中寻找

① [日]福泽谕吉:《文明论概略》,北京编译社译,九州出版社2008年版,第117页。

② “当日耳曼(Germanic)各蛮族在406年的最后一天跨过冰冻的莱茵河时,他们进入的是一个由奢侈享乐(sybaritic)的寡头们、被毁弃的防卫力量和灰心绝望的农村民众构成的阴暗世界。”([英]佩里·安德森:《从古代到封建主义的过渡》,郭方、刘健译,上海人民出版社2000年版,第105页)

③ 由嵘:《日耳曼法简介》,法律出版社1987年版,第24页。

依据。“古代日耳曼尼亚的国王们喜欢自称为诸神的后裔。……国王在就职仪式上从教士手中接受象征国王职位的传统标志物……”^①王权从宗教中获得超越性的权力渊源，而宗教性的神圣权威，同前述习惯权威与世俗权威有一共同点——它不容人们对其进行怀疑和反思。

(二)法律制度体系充溢着“身份性”特征

显然，日耳曼法最初就有部族身份性特征。在对待人与法律关系的总体认识和基本态度方面，日耳曼法以特定“身份”来确定规则之选择和适用。这恰是农耕文明交往关系的普遍特征——费孝通所描述的乡土中国之“差序格局”正是如此：“在这种社会中，一切普遍的标准并不发生作用，一定要问清了，对象是谁，和自己是什么关系之后，才能决定拿出什么标准来。”^②关于行为规则和社会秩序的这一认知，统领了农耕文明的法律制度体系。

与“身份性”被广泛认同相关联的，便是“人身依附”之广泛存在。中世纪欧洲的那种以附庸、臣服等为特征的人身依附关系^③，构成了“封建主义”的社会基础。表面上，封建制呈现为“一种在土地上根据军役期限而定出来的社会和国家组织”^④。具体看来，自然经济居于主导地位，作为生产者的农民被束缚在土地上^⑤，并处于其委身的贵族领主的司法管辖之下，而领主则在土地占有和军役义务上对更高等级的贵族负责。封建主义内核中真正起决定性作用的，正是农耕文明背景下基于身份而形成的规则认同，以及借此存在的等级关系和专制制度。以等级关系为依据的行为选择，预设了一个前提——社会秩序需要一个比任何人身份都高的“主人”去维系。由此，关于社会秩序的“人治”认同得以形成。梁漱溟对传统中国人之秩序意识和行为选择的如下描述，与欧陆的这种秩序认同是相通的：“他总想天下定要有个作主的人才成”，而且“是一个人拿主意，并要拿无限制的主意，大家伙都听他的话，并要绝对的听话”。^⑥

如上法律制度体系，给人一种充满了依附和效忠意义的情感依托。这一建立在“情感”上的规范体系和社会秩序，适应农耕文明的人际交往环境。相应地，诸多附着在慷慨的忠诚、自豪的谦恭和高贵的服从之上的高尚情感——即伯克所认为的“欧洲的荣光”的主要内容^⑦，恰恰是农耕文明背景下一度让人们引以为豪的东西。

① [法]马克·布洛赫：《封建社会》（下卷），李增洪译，商务印书馆2004年版，第612页。

② 费孝通：《乡土中国》，北京出版社2009年版，第53页。

③ 参见[法]马克·布洛赫：《封建社会》（上卷），张绪山等译，商务印书馆2004年版，第249～273页。

④ [美]莫里斯：《法律发达史》，王学文译，中国政法大学出版社2002年版，第56～157页。

⑤ 参见[英]佩里·安德森：《从古代到封建主义的过渡》，郭方、刘健译，上海人民出版社2000年版，第151页。

⑥ 梁漱溟：《东西文化及其哲学》，商务印书馆1999年版，第42页。

⑦ Edmund Burke, *Reflections on the revolution in France*, Frank M. Turner ed. (New Haven, CT: Yale University Press, 2003), p. 65.

(三)小结:农耕文明之“单一性”与行为规范之“习惯性积累”

在汤因比所总结的“世界诸文明成长阶段(公元前3500—2000年)”一览表^①中,从公元前3500年到公元1500年这整整5000年的历史跨度内,相对集中地分布着以地域而命名的30多种“文明”。纵览世界文明史,诸般眼花缭乱的文明征象,不过构成了“农耕文明”的外壳。这些分布于漫长且广阔的时空中的所谓文明,有着共同的文明特征。但总体上看,农耕文明是一种相对“单一”的文明形态。

首先,生产活动单一,自给自足的农耕活动和家庭手工生产千年如一,不必有太高的技术支持,只需“心心传授”的经验积累。其次,交往活动单一,只为基本生活需要而进行简单的产品交换,而且交往范围和程度都既有绝对的局限性。再次,政治组织和社会管理关系单一,整个社会处于一种“命令—服从”“管理—被管理”的“单维度”关系中,政治和社会组织和管理相对“粗放”。总之,农耕文明背景下的社会生活并不复杂,生产和生活方式、交往和管理关系的“可变”空间极小。尤其是一旦形成统一而固定的模式,则既定的文明状态则可能一直长期、稳定且不加根本性变化地沿承下去。

以这样的社会历史状态为背景,人们行为选择所依据的“知识”是有限的,但这些“知识”在既定时空则是确定的,故行为选择相对简单。社会群体对于行为规范方面的认知和评价,由此具有如下鲜明特征:

其一,社会环境容许人们在历史的长河中慢慢积累社会生活的行为规范。所以,在农耕文明形态的诸种地域文明中,习惯、经验等往往是人们日常交往所需的基本规范性依据。在传统中国,涉及社会主体交往的诸多成文规则,同日常交往所依赖的伦理道德几乎完全一致,甚至随着“大一统”的政治组织形式之完善,“礼法合流”成为立法、司法等法律活动的主导模式;而涉及国家和个人关系的规范,依据的依然是以宗族血缘关系为纽带的私德伦理——家国一体。

其二,既已形成的行为规范缺乏变化的契机,因而可以几千年相对固化地存续。在既定范围内有效存在的规范,足以长期而稳定地规范人们的行为,因而很难发生根本性的变革。

通过如上分析,我们能切实体会到“传统”为农耕文明法律所提供的稳定的情感依托,而且也能够理解那面对内忧外患的清末权臣们为何固守祖宗之法。

二、情感依托的消逝——文明转型之势不可当

如果一切人类一直处于繁盛的农耕文明,那么也就不会有任何关于文明转型的历史话题了。然而,诸多历史机缘却为新的文明形态的产生提供了丰厚的给养。

① 参见[英]阿诺德·汤因比:《历史研究》,刘北成、郭小凌译,上海人民出版社2000年版,第52页。

(一)文明转型的历史机缘

首先,商贸的繁荣,促进了交往之扩大。农耕文明背景下人们的交往之形式和内容都相对简单,因而在区域性的、封闭的交往环境中,通过那些源于自发遵守并强调自我修养的习惯或道德法则就足以维系秩序的存续。而日渐复杂的社会交往环境却需要更为理性的交往规范或模式。商业贸易的繁荣,正是令社会关系迅速趋于复杂化的历史因由。^①11世纪初欧洲商业贸易的复苏,改变了商品交换和合作的方式,在贸易中心形成了商人聚居地——城市,人们的生产和生活环境在商贸背景下日益呈现纷繁局面^①。新航路的开辟则极大扩展了商业贸易的内容和形式,尤其是欧洲殖民扩张直接打破了之前相对平静的世界交往格局;商业上的革命,资本和劳工的分离,以及工业的商业化、资本化等等,更引起社会机构的变动和社会阶层的分化^②。商业贸易直接突破农耕文明交往模式,将一度身居高位的农耕伦理远远甩到了契约意识和合作精神身后。

其次,哲学和宗教的变革,成就了理性之启蒙。文艺复兴时期“人文主义将哲学带到了教室和修道院之外”^③,而哲学上对神秘权威的怀疑、抛弃,甚至反叛催使了政治法律思想上的变化。人们努力发现“自我”,正视“俗国”,发挥理性能力,寻求方法来认知世界,并反思、改造和构建世俗秩序。与其说这是“复兴”,倒不如说是切实的“启蒙”,是民智之开启。经历了宗教改革之后,人们从烦琐、神秘的宗教压制中解放出来,成为更加自由、自立的主体;最终,人们情感上对信仰的坚守同理性上对真实认知与合理行为的需求结合于一体,而法律则由此致力于世俗生活的理性化组织。

此外,城市的发展与自治,强化了社会合作。欧洲中世纪的城市似乎在为商工文明的到来吹响前奏——“典型的欧洲中世纪城市……经营商业和制造业,是自治的公社,享有团体性的脱离贵族与教会的政治与军事的自治”^④。居民同直接的农业生产脱离,而主要从事商品交易层面的经济活动,这是城市得以存在的经济基础;而自治,则是城市所蕴含的现代文明血液中的关键基因。在商品经济复苏过程中,城市一直是商业繁荣和知识活跃的中心,商贸精神和自主意识日益增强的城市居民开始联合起来对抗领主权威、争取市民权利——“自由城市”(free city)的市民们都组织起来反抗传统的统治者^⑤。透过欧洲“黑暗”时代的“觉醒”,我们发现,作为文明之关键要素的“城市”,它能够形成社会合作的集团力量,从而能够对世俗强力构成强大的对抗力量。

① 参见[美]马文·佩里主编:《西方文明史》(上卷),胡万里等译,商务印书馆1991年版,第287~291页。

② 参见[美]R. R. 帕尔默:《现代世界史》,何兆武、孙福生等译,世界图书出版公司2008年版,第85~99页。

③ 参见[英]G. H. R. 帕金森主编:《劳特里奇哲学史》(第4卷——《文艺复兴和17世纪理性主义》),田平等译,中国人民大学出版社2008年版,第104页。

④ [英]佩里·安德森:《从古代到封建主义的过渡》,郭方、刘健译,上海人民出版社2000年版,第153~154页。

⑤ 参见[法]菲利普·沃尔夫:《欧洲的觉醒》,郑宇健、顾彝译,商务印书馆2011年版,第178页。

(二) 商工文明的理性精神

勇于运用自己的心智去克服“懒惰和怯懦”，进而摆脱被“监护”的、极舒适安逸的“未成年状态”，是康德所谓“启蒙”^①之要义。人类由此不屈从于自然所表达出来的神秘力量（以巫术、宗教等形式表达），也不轻信或畏惧威权所制造的强力（往往表现于教化、武力等），而是积极主动地认知、怀疑和反思。一旦开启主动认知世界的智能，人类将自由地发挥其潜质，努力认识事物发展的普遍规律，并有可能基于这些规律性认知去自由地改造世界。这种心理机制一旦启动，将以一种不可阻挡的力量持续不断地将人类精神往前推进。恰如斯宾格勒所谓的“浮士德精神”——对“纯粹而无止境的空间”^②的尊崇，以及那种“不可抑制的向前的驱动”^③。

在理性认知的基础上，人们还努力通过缜密的斟酌和权衡而做出合理的行为选择，并对生活进行长远的规划和设计，即人类试图对个人行为和社会生活做理性化组织。理性精神鼓励人们过有组织的生活，即生活是“系统化的、完全定型的、有条理的——理性的”，这要求人们“摆脱非理性驱动的控制……使生活服从于周密规划的意志……行动服从于永久的自我控制和对这些行动的伦理意义的反思”^④。从外在表现上看，社会生活趋于系统化、定型化及条理化；而在现象背后的，是理性之根本要义——催使人们摆脱非理性的行为驱动、强化行为之规范性约束。新教伦理昭示，“在职业的天职中无休止地工作被推荐为是获得关于个人属于选民之列的自信的最佳可能手段”^⑤。主动认知、逻辑推理、精细计算、利益权衡等理性精神非但没有同信仰相冲突，反而成为人们“获得预定得救和称义的主观确定性”^⑥的方式。这个积极向前的社会环境，鼓励所有人通过理性的行为来维系社会秩序，并获得自我实现。

正是在理性思维机制驱动之下，人类以一种勇往直前的精神面貌步入了以商贸活动和大工业生产为主要表现形式的商工文明。在商工文明环境下，永不回头的“向前”的生活态度^⑦，是人们的唯一选择。

(三) 情感依托的消逝——商工文明的强大势能

社会的复杂化，使得构筑于各种形式的传统上的稳定且安逸的心理大厦岌岌可危，

① [德]康德：《答“何为启蒙？”之问题》，出自康德：《康德历史哲学论文集》，李明辉译注，联经出版事业公司2002年版，第27页。

② Oswald Spengler, *The Decline of the West* (vol. 1), trans. Charles Francis Atkinson (New York: Alfred A. Knope, Inc, 1928), p. 183.

③ Oswald Spengler, *The Decline of the West* (vol. 2), trans. Charles Francis Atkinson (New York: Alfred A. Knope, Inc, 1928), p. 46.

④ [德]马克斯·韦伯：《新教伦理与资本主义精神》，苏国勋等译，社会科学文献出版社2010年版，第75页。

⑤ [德]马克斯·韦伯：《新教伦理与资本主义精神》，苏国勋等译，社会科学文献出版社2010年版，第70页。

⑥ [德]马克斯·韦伯：《新教伦理与资本主义精神》，苏国勋等译，社会科学文献出版社2010年版，第70页。

⑦ 参见梁漱溟：《东西文化及其哲学》，商务印书馆1999年版，第62页。